

De Awb en staatssteunvragen

P.C. Adriaanse & J.R. van Angeren*

I Inleiding

Ter gelegenheid van het vijftienjarig bestaan van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in Nederland gaan wij in deze bijdrage in op de relatie tussen de Awb en het Europese staatssteunrecht. Toen de Awb in 1994 in werking trad, was dat Europese staatssteunrecht tientallen jaren van kracht. Het EEG-Verdrag uit de jaren vijftig van de vorige eeuw bevatte al regels voor de verlening van staatssteun in Europees verband.¹ Sindsdien is dit rechtsgebied uitgebreid en ziet het begrip staatssteun op tal van maatregelen in verschillende soorten en maten.² De invloed van het staatssteunrecht op de rechtspraak is dan ook divers. Die invloed blijft niet beperkt tot het bestuursrecht. In deze bijdrage belichten wij dus slechts een beperkte dimensie van de doorwerking van het staatssteunrecht, maar gelet op het belang van de Awb in de Nederlandse rechtsorde, wel een belangrijke.

In paragraaf 2 bespreken wij eerst de vraag welke betekenis de wetgever in de afgelopen vijftien jaar bij het opstellen van de Awb-tranches heeft toegekend aan het Europese staatssteunrecht. Omdat hierover al veel is geschreven,³ beperken wij deze bespreking tot hoofdlijnen. Vervolgens gaan wij in paragraaf 3 in op twee wetsvoorstellen die op het moment van dit schrijven aanhangig zijn bij de Tweede Kamer. Beide voorstellen voorzien in verband met het staatssteunrecht aanpassingen in de Awb. Wij stellen de vraag in hoeverre deze wetsvoorstellen de effectieve doorwerking van het staatssteunrecht in het Nederlandse bestuursrecht faciliteren. In paragraaf 4 gaan we vervolgens in op de rol van bestuursrechters bij de toepassing van het staatssteunrecht. Deze rol lijkt ook in de wetsvoorstellen nog

* Mr. P.C. Adriaanse is als universitair docent verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. Mr. J.R. van Angeren is advocaat te Amsterdam bij Stibbe.

1 Oorspronkelijk betrof het de artikelen 92-94 EEG; later de artikelen 87-89 EG; tegenwoordig betreft het de artikelen 107-109 VWEU.

2 Het omvat volgens artikel 107 VWEU alle steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen en het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Zie voor een algemene uiteenzetting van het staatssteunrecht P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, Deventer: Kluwer 2006.

3 Zie o.m. J.R. van Angeren & W. den Ouden, *Subsidie recht en staatssteun*, VAR geschriften 134, Den Haag: BJu 2005; P.C. Adriaanse & W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun', *NTB* 2008, p. 304-315.

onvoldoende doordacht.⁴ Op verschillende punten stellen we ook in dat verband de vraag of de Awb de toepassing en handhaving van het staatssteunrecht door nationale rechters, gelet op Europese vereisten dienaangaande, voldoende faciliteert. We sluiten deze bijdrage af met enkele concluderende opmerkingen in paragraaf 5.

2 De verhouding tussen de Nederlandse Awb en de Europese staatssteunregels in de afgelopen 15 jaar

Bij de totstandkoming van de eerste tranche van de Awb eind jaren '80 van de vorige eeuw is weinig aandacht besteed aan het Europees gemeenschapsrecht en dus evenmin aan het begrip staatssteun. Wel is in algemene zin een opmerking gewijd aan het feit dat de Awb zich niet uitstrekt en ook niet kan uitstrekken tot colleges die bij of krachtens verdrag zijn ingesteld en zijn bekleed met openbaar gezag dat zij (mede) binnen Nederland uitoefenen. Daarbij werd in het bijzonder bedoeld op de organen van de Europese Gemeenschappen. De hiërarchische verhouding tussen supranationaal en nationaal recht staat er immers aan in de weg dat de Nederlandse wetgever voorschriften vaststelt voor de uitoefening van bevoegdheden door organen die zijn ingesteld in internationale regelingen, aldus de memorie van toelichting.⁵

Bij het tot stand komen van de tweede tranche van de Awb is in het kader van artikel 1:7 Awb aandacht besteed aan de verhouding Europees gemeenschapsrecht en nationaal algemeen bestuursrecht, maar daarbij was het onderwerp staatssteun niet aan de orde. Dat is ook niet verwonderlijk omdat artikel 1:7 Awb betrekking heeft op de adviesverplichtingen en overlegverplichtingen alvorens wetgeving tot stand komt. Dergelijke verplichtingen wil artikel 1:7 Awb buiten werking stellen indien de desbetreffende wetgeving strekt tot uitvoering van – kort gezegd – EG-regelgeving. Achtergrond van dit artikel was mede om versnelling te bereiken bij de implementatie van Europese regelgeving in nationale wetgeving en niet om in het algemeen te treden in de verhouding EG-regelgeving en nationale wetgeving.⁶ Bij het totstandkomen van de derde tranche van de Awb is summier aandacht besteed aan het onderwerp staatssteun. In het bijzonder is dat gebeurd bij de subsidietitel (Titel 4.2 Awb). In de literatuur was al eerder ingegaan op het onderwerp nationale steunmaatregelen, waaronder subsidies, en staatssteun.⁷ J.A. Winter meende dat de uitbreiding van de rechtsbescherming door middel van de Wet Arobertoe zou kunnen bijdragen dat de toepassing van het gemeenschapsrecht door de

ationale autoriteiten beter wordt verzekerd.⁸ Wel achtte hij de rol van particulieren en de nationale rechter beperkt bij de rechtsbescherming gebaseerd op de nakoming van de staatssteunregelgeving.⁹ In het bijzonder omdat – toen – artikel 92 EEG-Verdrag (thans artikel 107 VWEU) naar zijn oordeel geen rechtstreekse werking heeft in de rechtsorde van de lidstaten, zodat daarop voor de nationale rechter geen beroep kan worden gedaan en dus ook de nationale rechter niet bevoegd is een oordeel te vellen over de verenigbaarheid van een steunmaatregel met artikel 92 EEG-Verdrag. J.H. van Kreveld zag artikel 92 EEG-Verdrag als voorbeeld van een regeling die 'in heel algemene zin' subsidieverlening aan banden legt.¹⁰ Het kabinet had reeds in 1984 in de nota 'Werkgelegenheidsbeleid lagere overheden' gesteld dat steunmaatregelen van afzonderlijke gemeenten gemakkelijk leiden tot verstoring van concurrentieverhoudingen, ongelijke behandeling van bedrijven en concurrentie tussen gemeenten.¹¹ Het kabinet constateerde dan ook dat de EEG-regels de ruimte voor de overheid als geheel om steun te verlenen beperkten en had als algemene randvoorwaarde gesteld dat het steunverleningsbeleid niet strijdig mag zijn met het EEG-Verdrag. Het kabinet concludeerde – tegenwoordig bezien opmerkelijk – dat gelet op de grenzen die gesteld zijn aan gemeentelijke steunverlening, de kans op strijd van gemeentelijke steunmaatregelen met het EEG-Verdrag gering is. Het kabinet grondde dat oordeel in het bijzonder op het feit dat het EEG-Verdrag een meldingsprocedure kent. Wel werd gemeenten geadviseerd om in steunregelingen en in overeenkomsten met bedrijven, die steunverlening behelzen, naar de bepalingen van het EEG-Verdrag te verwijzen en de bedrijven mee te delen dat de Commissie, ook in het geval het Rijk niet tot melding is overgegaan, altijd het recht heeft de verenigbaarheid van de regeling met het verdrag aan een onderzoek te onderwerpen.¹² De bedoeling van dit advies was kennelijk dat, mocht de steunverlening Europeesrechtelijk gezien inderdaad staatssteun inhouden, de gemeentes het geld konden terugvorderen bij het desbetreffende bedrijf dat steun heeft ontvangen.

Dit laatste advies uit 1984 van het kabinet indachtig zou het niet verwonderlijk zijn te verwachten dat tien jaar later bij het ontwerpen van algemene bepalingen over subsidierecht in de Awb in elk geval een algemene mogelijkheid tot intrekking van subsidies en terugvordering van gelden vanwege in strijd met het EG-Verdrag verleende steun mogelijk zou worden gemaakt. Niets is minder waar. Na geconstateerd te hebben dat er verschillen zijn tussen het begrip staatssteun en het begrip subsidie, vervolgt de memorie van toelichting bij de derde tranche.¹³

'In artikel 8 Kaderwet financiële verstrekkingen EZ is een uitdrukkelijke intrekingsgrond opgenomen voor het geval, dat een verstrekte subsidie aan een onderneming een ingevolge artikel 92 EEG-Verdrag verboden steunverlening oplevert. In een wet die uitsluitend betrekking heeft op subsidiëring van ondernemingen ligt dat

⁴ Er zijn nog wel meer aspecten van het staatssteunrecht die in relatie tot de Awb nadere studie vergen, zoals de mogelijkheid van controles ter plaatse in de zin van artikel 22 van Procedureverordening (EG) Nr. 659/1999 (*PbEG* 1999, L 83/1) in het kader van toezicht op de juiste naleving van staatssteunbeschikkingen van de Europese Commissie. In deze bijdrage beperken wij ons echter tot bovengenoemde problematiek.

⁵ PG Awb I, p. 134.

⁶ PG Awb II, p. 322-323.

⁷ J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1981 en E.H.M. Hirsch Ballin en J.H. van Kreveld, *Rechtsstatelijke subsidieverhoudingen*, in: Geschriften voor de Vereniging voor Administratief Recht XCIX, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1988.

⁸ Winter 1981, a.w., p. 103.

⁹ Winter 1981, a.w., p. 271-272 en 351-352.

¹⁰ Van Kreveld 1988, a.w., p. 100.

¹¹ *Kamerstukken II* 1983/84, 18 547, nr. 2, p. 4.

¹² *Kamerstukken II* 1983/84, 18 547, nr. 2, p. 7.

¹³ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 28-29.

eerder voor de hand dan in het kader van de Algemene wet bestuursrecht. Voor elk subsidievoornemen zal afzonderlijk moeten worden gezien of het met het gemeenschapsrecht (...) verenigbaar is. Het is niet goed mogelijk terzake algemene voorschriften in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Dat is ook niet nodig, nu de communautaire beperkingen op de uitoefening van nationale subsidiebevoegdheden rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht voortvloeien.'

Diverse onderzoeken hadden inmiddels de noodzaak tot het treffen van juridische voorzieningen in het Nederlandse (bestuurs)recht wel aangetoond.¹⁴ Die noodzaak volgde onder meer uit een aantal zaken waarin bleek dat, enerzijds, de bevoegdheid tot intrekking van een subsidie, verleend in strijd met het staatssteunrecht, nog niet altijd duidelijk was en, anderzijds, de bevoegdheid tot terugvordering met rente problematisch was. Een voorbeeld van de eerste categorie is de zaak van de gesubsidieerde pomphouders aan de grensstreek.¹⁵ Een voorbeeld van de tweede categorie betreft de BPM-zaak.¹⁶

De gelegenheid van de totstandkoming van de vierde tranche van de Awb is door de wetgever niet aangegrepen om de benodigde voorzieningen in relatie tot staatssteun in de Awb op te nemen. Slechts in algemene zin wordt in de memorie van toelichting bij de vierde tranche opgemerkt dat de in titel 4.4 Awb inzake bestuursrechtelijke geldschulden gegeven bepalingen mede kunnen strekken tot uitvoering van het gemeenschapsrecht zolang en voor zover het gemeenschapsrecht ter zake geen eigen voorzieningen kent. In relatie tot verjaringstermijnen wordt daaraan toegevoegd dat zodra en voor zover het gemeenschapsrecht zelf in een regeling voorziet, het nationale recht wijkt op grond van het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht.¹⁷

De regering heeft ervoor gekozen de noodzakelijke aanpassingen op te nemen in twee afzonderlijke wetsvoorstellen: het 'Wetsvoorstel terugvordering staatssteun' en het 'Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten'. Beide wetsvoorstellen zijn op het moment van dit schrijven nog aanhangig bij de Tweede Kamer. Voor zover zij wijzigingen beogen in de Awb bespreken wij ze hierna kort in paragraaf 3.¹⁸

Na 15 jaar Awb mogen wij in elk geval constateren dat (i) het voor de hand ligt om in de Awb regels in relatie tot het staatssteunrecht op te nemen, (ii) dat ook

goed mogelijk is en (iii) het ook nodig is omdat onvoldoende is gebleken dat de uitoefening van bevoegdheden voor nationale bestuursorganen rechtstreeks uit het gemeenschapsrecht voortvloeit. De reden voor die laatste constatering is, in de eerste plaats, gelegen in het feit dat de nationale subsidieregelingen niet altijd een bepaling bevatten, dat een verstrekte subsidie kan worden ingetrokken indien sprake is van verboden staatssteun, en, in de tweede plaats, dat er ook veel provinciale en gemeentelijke subsidieregelingen zijn, die staatssteun kunnen inhouden.¹⁹ Wat dat betreft is het verschil in benadering tussen het standpunt van het kabinet in 1984 en het standpunt van het kabinet in de zojuist aangehaalde overweging van de memorie van toelichting opvallend. Door de twee wetsvoorstellen, die hierna zullen worden besproken, is in elk geval komen vast te staan dat het mogelijk is om in de Algemene wet bestuursrecht algemene voorschriften op te nemen over de relatie tot het gemeenschapsrecht, in het bijzonder het staatssteunrecht.

3 Nieuwe ronde, nieuwe kansen: twee wetsvoorstellen in het Nederlandse bestuursrecht op het gebied van verlening van staatssteun

3.1 Het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun²⁰

Dit wetsvoorstel treft voorzieningen over de gehele breedte van het Nederlandse recht (bestuursrecht, civiel recht en fiscaal recht) om in overeenstemming met Europeesrechtelijke eisen de terugvordering van onrechtmatig verleende staatssteun te kunnen realiseren. Voor wat betreft de Awb voorziet dit wetsvoorstel in invoering van een nieuwe titel 4.2A 'Terugvordering van staatssteun', bestaande uit twee nieuwe artikelen. Artikel 4:80a regelt dat de nieuwe titel van toepassing is op steun in de zin van artikel 87, lid 1, EG (nu 107 VWEU) 'die bij beschikking is verstrekt, dan wel voortvloeit uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt'. In het nieuwe artikel 4:80b wordt een bevoegdheid geformuleerd voor het bestuursorgaan dat steun heeft verstrekt om ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie of van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak, deze steun bij de begunstigde terug te vorderen.²¹ Op basis hiervan wordt het ook mogelijk om zo nodig een zelfstandig terugvorderingsbesluit te richten tot derde-begunstigden, die niet de geadresseerde waren van de oorspronkelijke beschikking, zoals het geval was bij de gesubsidieerde pompstationhouders in de grensstreek.²² Het voorgestelde artikel 4:80b bepaalt verder dat, voor zover de steun bij beschikking is verstrekt, het bestuursorgaan deze beschikking kan wijzigen of intrekken. In samenhang daarmee worden de Awb-gronden die een bestuursorgaan kan gebrui-

14 Zie o.m. B.W.N. de Waard, A.J.C. de Moor-van Vugt e.a., *Terugvordering van staatssteun, een rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: WLP 2005; Van Angeren & Den Ouden 2005, p. 75 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, M.J.M. Verhoeven e.a., *De Europese Agenda van de Awb*, Den Haag: BJu 2007; P.C. Adriaanse, 'Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 225-227.

15 Zie o.m. HvJ EG 13 juni 2002, zaak C-382/99, Nederland/Commissie, AB 2002, 248 m.nt. FHvdB. Zie voor een uitvoerige beschrijving van deze zaak Van Angeren & Den Ouden 2005, p.161-164.

16 Zie o.m. ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. WdO en M&M 2006, p. 93-96 m.nt. J.R. van Angeren.

17 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, par. 4.

18 Zie voor een vollediger bespreking van het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun en aandachtspunten daarbij Adriaanse & Den Ouden 2008, p. 304-315.

19 Zie b.v. ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262 m.nt. M.J. Jacobs en WdO (Martiniplaza).

20 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nrs. 1, 2 en 3. Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is de oorspronkelijke tekst van het wetsvoorstel op diverse punten aangepast. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 4.

21 Zie voor kritiek op zowel de facultatieve formulering als op de voorwaarde dat een rechterlijke uitspraak onherroepelijk dient te zijn ook Adriaanse & Den Ouden 2008, p. 312-313.

22 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 418, nr. 3, p. 11.

ken om subsidies lager vast te stellen (artikel 4:46) of subsidiebeschikkingen in te trekken of te wijzigen (artikel 4:48 en 4:49) aangevuld met een verwijzing naar artikel 4:80b.²³ Zo zal een moeizame gemeenschapsrechtconforme uitleg van de bestaande bepalingen na inwerkingtreding van het wetsvoorstel niet meer nodig zijn. Daarnaast geeft artikel 4:80b in het tweede lid een algemene bevoegdheid (en verplichting) om bij de beschikking tot terugvordering van de steun rente te vorderen die bovendien kan worden berekend op de manier die procedureverordening 659/1999 en uitvoeringsverordening 794/2004²⁴ voorschrijven. Zo wordt de problematiek uit de BPM-zaak opgelost en hoeft niet langer een bestuursrechtelijke en een privaatrechtelijke procedure te worden gevolgd om tegemoet te komen aan de communautaire verplichtingen.²⁵ Bovendien bepaalt artikel 4:80b dat de invordering van het terug te vorderen bedrag bij dwangbevel kan geschieden. In verband met al deze voorzieningen bleek het nodig een deel van de bepalingen die bij de inwerkingtreding van de vierde tranche Awb van kracht zijn worden, in artikel 4:80b direct weer buiten toepassing te verklaren.²⁶ Overigens worden door dit wetsvoorstel ook enkele Awb-bepalingen aangepast die de effectuering van het staatssteunrecht al in de fase van besluitvorming over subsidieverlening zouden kunnen belemmeren.²⁷

3.2 Het Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten²⁸

Dit wetsvoorstel²⁹ beoogt een geschikt instrumentarium voor het Rijk te regelen om in alle gevallen een juiste naleving van het Europese recht door alle publieke entiteiten te verzekeren. Het ziet op alle situaties waarin Europeesrechtelijke verplichtingen gelden voor publieke entiteiten, waaronder steunverlening.³⁰ Dit wetsvoorstel voorziet in een bevoegdheid voor verantwoordelijke ministers tot het geven van bijzondere aanwijzingen en een juridisch afdwingbaar effect (sluitstuk), namelijk dat de verantwoordelijke minister maatregelen kan treffen om zelf de vastgestelde schending ongedaan te maken als de aanwijzing niet tijdig is uitgevoerd. Ook voorziet het voorstel in een verhaalsrecht voor het Rijk om krachtens artikel 260 VWEU te betalen forfaitaire sommen of dwangsommen te verhalen op de publieke entiteit waaraan het niet nakomen van de Europese verplichtingen kan worden toegerekend.³¹ Deze bijzondere bevoegdheden worden geregeld in het wetsvoorstel zelf. Slechts op één punt zal ook de Awb worden aangepast. Artikel 10:39 Awb stelt momenteel een termijn van dertien weken waarbinnen een besluit

tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling moet worden vernietigd. Volgens de regering moet het echter ook na verloop van de termijn mogelijk zijn besluiten tot het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen die in strijd met het Europese recht tot stand zijn gekomen, te vernietigen. In het wetsvoorstel stelt de regering daarom voor om in de Awb te bepalen dat artikel 10:39 niet van toepassing is indien vernietiging geschiedt wegens strijd met Europeesrechtelijke verplichtingen.³²

De Nederlandse wetgever is dus hard bezig de geconstateerde knelpunten op het terrein van steunverlening in onder meer het (bestuurs)recht weg te nemen. Over het algemeen genomen vinden wij de daarbij gemaakte keuzes begrijpelijk. Dat geldt zowel voor de beoogde plaats van de nieuwe wettelijke bepalingen als ten aanzien van de inhoud daarvan. Echter, niet op alle punten kunnen wij de gemaakte keuzes onderschrijven.³³ Bovendien zien we in het staatssteunrecht nieuwe uitdagingen voor de Awb die nog niet in de hiervoor besproken wetsvoorstellen zijn verwerkt. Het betreft in het bijzonder de rol van bestuursrechters in staatssteunzaken. In de nu volgende paragrafen gaan wij daar nader op in.

4 Aandachtspunten in verband met de rol van bestuursrechters in staatssteunzaken

4.1 De rol van nationale rechters in staatssteunzaken

De rol van nationale rechters in staatssteunzaken varieert naar gelang de aard van de procedure en de belangen die in het geding zijn. Wij noemen hier de meest voorkomende varianten.³⁴ Particuliere belanghebbenden kunnen met een beroep op het rechtstreeks werkende artikel 108, lid 3, VWEU – waarin het opschortingsgebod voor voorgenomen nieuwe steunmaatregelen (de *standstill*-verplichting) is neergelegd – in rechte opkomen tegen steunverlening die beweerdelijk in strijd met deze bepaling en dus onrechtmatig ten uitvoer is gelegd.³⁵ Van nationale rechters wordt dan verwacht dat zij effectieve rechtsbescherming bieden, zoals het gelasten van de terugvordering van onrechtmatig verleende steun – zie het hier voor besproken artikel 4:80b in het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun – het treffen van een regeling voor schadevergoeding en het treffen van voorlopige voorzieningen. Ook kunnen nationale rechters te maken krijgen met zaken over de tenuitvoerlegging van terugvorderingsbeschikkingen van de Europese Commissie. In de procedures die daaruit op nationaal niveau kunnen voortvloeien (meestal tussen de steunverlener en een steunontvanger), worden nationale rechters enerzijds geacht effectieve rechtsbescherming te bieden aan betrokken particulieren. Anderzijds wordt van hen ook verwacht dat zij in hun hoedanigheid van rechterlijke

²³ Zie ook de bijdrage van W. den Ouden in deze bundel.

²⁴ *PbEG* 1999, L 83/1; *PbEU* 2004, L 140/1.

²⁵ Zie voor kritiek op de koppeling tussen de intrekings- en terugvorderingsbevoegdheid en de bevoegdheid tot het vorderen van rente Adriaanse & Den Ouden 2008, p. 313.

²⁶ Het betreft de artikelen 4:98 tot en met 4:103 over verzuim en wettelijke rente en afdeling 4.4.3. Awb over verjaring.

²⁷ Het betreft de artikelen 4:15 en 4:35 Awb.

²⁸ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nrs. 1, 2 en 3.

²⁹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nrs. 1, 2 en 3.

³⁰ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 2. Het wetsvoorstel geeft uitvoering aan het kabinetsstandpunt 'De Europese dimensie van toezicht' dat op 7 juli 2004 aan de Tweede Kamer is aangeboden. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 21 109, nr. 138.

³¹ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 2 en 3.

³² *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 26.

³³ Zie eerder reeds Adriaanse & Den Ouden 2008, p. 312-315.

³⁴ Het is mogelijk dat het staatssteunrecht in de toekomst nog op andere wijzen een rol zal spelen in geschillen voor nationale rechters.

³⁵ Zie HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, Costa/ENEL, *Jur.* 1964, p. 1141; HvJ EG 11 december 1973, zaak 120/73, Gebr. Lorenz, *Jur.* 1973, p. 1471, r.o. 4; HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, SPFL, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 41.

instantie van de lidstaat Nederland ook alle noodzakelijke maatregelen nemen om de onmiddellijke en daadwerkelijke uitvoering van de terugvorderingsbeschikking te waarborgen.³⁶ Verder kunnen nationale rechters te maken krijgen met geschillen over de weigering van steun omdat de toekenning in strijd zou komen met de staatssteunregels. Ook kunnen geschillen rijzen over de toepassing van de algemene groepsvrijstellingsverordening, waarin diverse categorieën staatssteun onder voorwaarden zijn uitgezonderd van de voorafgaande aanmeldingsverplichting ex artikel 108 VWEU.³⁷ Gelet op de rode draad van deze bijdrage richten wij ons in de nu volgende paragrafen verder op de rol van Nederlandse bestuursrechters in staatssteunzaken.³⁸

4.2 Toegang tot de bestuursrechter in staatssteunzaken

Zoals in paragraaf 2 werd vermeld, werd al in 1981 verwacht dat door de inwerkingtreding van de Wet Arob de mogelijkheden voor de nationale rechter om nationale maatregelen te toetsen aan rechtstreeks werkende communautaire voorschriften zouden worden versterkt, omdat rechtsbescherming werd opgesteld tegen subsidiebeschikkingen. Er werd dus toegang tot de bestuursrechter geboden. Alleen werd toen, voor wat betreft particulieren (de Awb-mens zal deze groep nu aanduiden als 'derde-belanghebbenden'), betwijfeld of zij er wat mee opschoten. De vraag is of de Awb ertoe heeft bijgedragen dat de toegang tot de bestuursrechter in staatssteunzaken is verbeterd.

Wij zijn geneigd die vraag positief te beantwoorden, zowel gezien vanuit de drie kernbegrippen van de Awb (bestuursorgaan, besluit en belanghebbende), als vanuit de algemene normen die de Awb aan besluiten stelt (de zorgvuldigheid (artikel 3:2) en de motivering (artikelen 3:46 en 7:12)). Wij lichten dat als volgt toe.

Wat betreft het begrip *bestuursorgaan* heeft artikel 1:1, lid 1, onder b, Awb ertoe bijgedragen dat entiteiten die subsidies verstrekken, maar niet een 'traditioneel' bestuursorgaan zijn (zoals een college van B&W e.d.) toch vallen onder de reikwijdte van de rechtsbescherming van de Awb omdat zij 'met enig openbaar gezag' zijn bekleed. Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 1:1 Awb volgt dat juist met 'openbaar gezag' bedoeld werd op 'buitenwettelijke beschikkingsbevoegdheden uit hoofde van de aan een bestuursorgaan opgedragen publieke taak (...) bij de subsidiëring (zoals de steunverlening aan bedrijven in moeilijkheden (...)).'³⁹ De jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

heeft deze lijn ook gevolgd in de zogeheten *Silicosejurisprudentie*.⁴⁰ Vele in privaatrechtelijke vorm gegoten entiteiten die belast zijn met het doen van financiële uitkeringen zijn als gevolg hiervan aangemerkt als bestuursorganen.⁴¹ Indien door dergelijke organen met staatsmiddelen steun wordt verleend als bedoeld in artikel 107 VWEU kan zo de rechtsbescherming van de bestuursrechter worden gezocht. Dat is gunstig voor diegenen die bestuursrechtelijke rechtsbescherming zoeken tegen steunmaatregelen. Overigens bevestigt de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State inzake de Stichting Waarborgfonds Kinderopvang⁴² eerdere uitspraken waaruit blijkt dat niet alle privaatrechtelijke entiteiten die met behulp van staatsmiddelen steun of garanties verstrekken bestuursorgaan zijn.⁴³ Evenwel wordt in die uitspraak geen afstand gedaan van de *Silicosejurisprudentie*.

Wat betreft het begrip *belanghebbende* blijkt uit de rechtspraktijk een variëteit aan mogelijke derde-belanghebbenden in staatssteunzaken (o.m. concurrenten, omwonenden en milieuorganisaties). In de memorie van toelichting bij artikel 1:2 Awb is gesteld dat de definitie van belanghebbende tot gevolg heeft dat voor wat betreft de gevolgen van een subsidiebeschikking meer mensen in hun belangen worden geraakt dan door de Afdeling rechtspraak als rechtstreeks belanghebbende worden erkend.⁴⁴ Hoewel de memorie van toelichting concurrenten niet noemt, volgt uit de jurisprudentie dat een concurrerende ondernemer belanghebbend is bij een tot zijn concurrent gericht subsidiebesluit indien de subsidie strekt tot ondersteuning van bedrijfsactiviteiten, uit te voeren binnen hetzelfde marktsegment en verzorgingsgebied als waarbinnen de concurrent werkzaam is.⁴⁵ Daarbij geldt bovendien dat er geen uitvoerige marktonderzoeken behoeven te worden gedaan om vast te stellen dat sprake is van hetzelfde verzorgingsgebied of marktsegment, zoals in mededingingszaken aan de orde is. Voldoende is dat aannemelijk is dat de steunverlening tot omzetting of anderszins tot concurrentievervalsing leidt.⁴⁶ Deze jurisprudentielijn is gunstig voor het zoeken van rechtsbescherming bij de bestuursrechter tegen steunbesluiten: er zijn geen uitgebreide marktonderzoeken nodig om te bepalen of sprake is van eenzelfde marktsegment en hetzelfde verzorgingsgebied. Uiteraard zal in het kader van de vraag of sprake is van staatssteun nog wel moeten worden onderzocht of sprake is van interstatelijke concurrentie, maar de concurrent die opkomt tegen een besluit tot subsidieverlening aan een concurrent is in elk geval ontvankelijk in zijn beroep.

Wat betreft het begrip *besluit* geldt dat dit op zichzelf gezien niet heeft geleid tot een verruiming van de rechtsbescherming, maar wel geldt dat op grond van artikel 4:36, lid 1, Awb subsidies niet meer mogen worden verleend bij – uitsluitend – overeenkomsten. De memorie van toelichting bij artikel 4:36 Awb stelde reeds dat

³⁶ Zie de Bekendmaking van de Commissie 'Naar een doelmatige tenuitvoerlegging van beschikkingen van de Commissie waarbij lidstaten wordt gelast onrechtmatige en onverenigbare steun terug te vorderen', *PbEU* 2007, C 272/4.

³⁷ Verordening (EG) nr. 800/2008 van de Commissie van 6 augustus 2008 waarbij bepaalde categorieën steun op grond van de artikelen 87 en 88 van het Verdrag [nu artikelen 107 en 108 VWEU] met de gemeenschappelijke markt verenigbaar worden verklaard (de algemene groepsvrijstellingsverordening), *PbEU* 2008, L 214/3. De bepalingen van deze verordening zijn direct inroepbaar voor particulieren en toetsbaar voor nationale rechters.

³⁸ Zie verder o.m. W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005; P.C. Adriaanse, 'Schending van de hoekstenen van het staatssteunrecht. Europese en Nederlandse rechtspraak over acties en rechtsgevolgen 'when the red line has been crossed'', *SEW* 2009, p. 88-102.

³⁹ PG Awb I, p. 133.

⁴⁰ Genoemd naar ABRvS 30 november 1995, *AB* 1996, 136 m.nt. S.E. Zijlstra.

⁴¹ Bijvoorbeeld Stichting Fonds Waterlood 1995 (Rb Roermond 20 december 1996, *JB* 1997, 55), Stichting Waarborgfonds Eigen Woningen (ABRvS 12 november 1998, *AB* 1999, 30 m.nt. MSV).

⁴² ABRvS 15 juli 2009, *AB* 2009, 247 m.nt. Hans Peters.

⁴³ Zie bijv. ARRS 28 juli 1989, *tB/S* 1989, 113.

⁴⁴ PG Awb I, p. 148.

⁴⁵ ABRvS 28 november 2007, *AB* 2008, 73 m.nt. K.F. Bolt.

⁴⁶ ABRvS 14 februari 2007, *AB* 2008, 76 m.nt. NV.

aan de figuur van de subsidieovereenkomst (zonder dat daar een beschikking aan ten grondslag lag) geen behoefte meer is omdat 'naar hedendaags bestuursrecht' ook de beschikkingsfiguur voldoende ruimte biedt om recht te doen aan het feitelijk soms sterk tweezijdige en wederkerige karakter van subsidieverhoudingen.⁴⁷ Kortom, de derde tranche van de Awb maakt in feite een einde aan beschikking-ervangende subsidieovereenkomsten. In de jurisprudentie is deze lijn gevolgd in de uitspraak Flevoherb.⁴⁸ In die uitspraak oordeelde de Afdeling dat titel 4.2 Awb zich tegen het verlenen van subsidie bij overeenkomst verzet omdat ingevolge onder meer de artikelen 4:29 en 4:43 Awb subsidie wordt verleend en vastgesteld bij beschikking en ingevolge art. 4:36 Awb slechts ter uitvoering van een beschikking tot subsidieverlening een overeenkomst kan worden gesloten. Dit heeft tot gevolg dat indien staatssteun, die tevens een subsidie is, uitsluitend bij overeenkomst of garantie is verstrekt, nietig is wegens strijd met artikel 3:40 BW jo. de artikelen 4:29, 4:43 en 4:36 Awb. Is er sprake van een subsidiebeschikking, dan kan ten aanzien van deze beschikking de rechtsbescherming van de bestuursrechter worden ingeroepen. Voor de toegang tot de bestuursrechter is dit een gunstige ontwikkeling.

De – algemene – eisen van artikel 3:2 Awb en de motiveringsplicht van de artikelen 3:46 en (voor besluiten op bezwaar) artikel 7:12 Awb brengen met zich dat een derde-belanghebbende weliswaar aannemelijk moet maken dat sprake is van staatssteun, maar dat vooraleerst het bestuursorgaan zal moeten aantonen dat geen sprake is van staatssteun. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU volgt dat de bewijsregels voor de vraag of sprake is van staatssteun uit het nationale recht volgen en dat het doeltreffendheidsbeginsel zich er niet tegen verzet dat de marktpartij die stelt dat sprake is van staatssteun dit ook moet bewijzen, mits de nationale rechter over bevoegdheden beschikt waarbij degene die over relevante stukken beschikt gedwongen kan worden die ter beschikking te stellen.⁴⁹ De eisen van de artikelen 3:2 Awb en 3:46 Awb leiden ertoe dat bij twijfel het bestuursorgaan aannemelijk moet maken dat geen sprake is van staatssteun. In de zaak over de Martinihal te Groningen oordeelde de Afdeling dat 'niet is uitgesloten dat de subsidieverlening invloed kan hebben op het handelsverkeer tussen Nederland en andere lidstaten (...) [zodat] het op de weg van de bestuurscommissie is gelegen om zich er bij de Commissie afdoende van te vergewissen dat de aanmeldingsverplichting (...) niet van toepassing is op de subsidieverlening (...) dan wel om het voornemen tot subsidieverlening (...) aan te melden'.⁵⁰ Dit is voor een concurrent een gunstige bewijspositie: de concurrent kan volstaan met stellen en het bestuur moet zich vergewissen. Zou dezelfde concurrent bij de civiele rechter procederen dan was zijn bewijspositie anders geweest gelet op de hoofdregel van artikel 150 Rv. In veel uitspraken van de bestuursrechters zal dan ook niet worden geoordeeld dat sprake is van staatssteun, maar zal eerder worden aangenomen dat het bestuursorgaan niet zorgvuldig genoeg heeft onderzocht of sprake is van staatssteun en, indien van staatssteun geen sprake is, heeft gemotiveerd waarom

dat niet het geval is. Zoals hierna in 4.3 nog aan de orde komt, zou de bestuursrechter bij een constatering dat sprake is van een schending van artikel 3:2 of 3:46 Awb het instrumentarium aan uitspraakmogelijkheden beter kunnen benutten, omdat het in stand laten van het primaire besluit tot steunverlening als resultaat heeft dat – alhoewel er mogelijk sprake is van staatssteun – de steun toch wordt uitgevoerd, terwijl de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende hoofdregel is dat indien er sprake is van steun, moet worden gemeld en in de tussentijd de steun niet mag worden uitgevoerd.⁵¹

Opgemerkt zij wel dat de rol van het staatssteunrecht in het ruimtelijke ordeningsrecht beperker is. In de eerste plaats geldt geen vergewisplicht voor bestuursorganen zoals deze naar voren kwam in de uitspraak omtrent de Martinihal te Groningen. Eerst indien ten tijde van het nemen van het bestreden besluit nog geen melding was gedaan bij de Europese Commissie van de financiële bijdragen van de gemeente aan het plan, maar al wel bekend is dat een dergelijke melding nodig was en dat er nader onderzoek zou moeten plaatsvinden alvorens de Europese Commissie zich zou kunnen uitspreken over deze bijdragen en inmiddels het bevoegde bestuursorgaan de melding heeft gedaan, wordt artikel 3:2 Awb geschonden geacht. Hierbij is dus de enkele toets van 'niet is uitgesloten' onvoldoende.⁵² In de uitspraak inzake het aanwijzingsbesluit van het vliegveld Eelde komt de Afdeling zelf na een uitvoerig onderzoek tot het oordeel dat sprake is van staatssteun.⁵³ Het verschil in toetsing kan worden verklaard vanuit het feit dat in het ruimtelijke ordeningsrecht de eis geldt dat ruimtelijke besluiten (zoals bestemmingsplannen) financieel uitvoerbaar moeten zijn. Dat betekent dat in sommige gevallen de vraag of er sprake is van ongeoorloofde staatssteun in het geheel niet hoeft te worden beantwoord omdat, zelfs al zou er sprake zijn van ongeoorloofde staatssteun, de uitvoerbaarheid van het plan niet in gevaar is.⁵⁴ In andere gevallen geldt dat appellanten aannemelijk moeten maken dat de uitvoerbaarheid van het plan in gevaar komt, indien er sprake zou zijn van onrechtmatige staatssteun.⁵⁵ Ook de mate waarin aan het plan reeds uitvoering is gegeven is daarbij van belang.⁵⁶ Bij subsidieverlening aan een concurrent zou het enkele 'niet uitgesloten' zijn van het vermoeden van staatssteun artikel 3:2 Awb al met zich kunnen brengen dat er een vergewisplicht geldt, terwijl bij ruimtelijke ordeningszaken, waarbij het om meer belangen gaat dan alleen financiële, in het kader van de uitvoerbaarheid min of meer vast moet staan dat er sprake is van staatssteun, die niet is gemeld, en de financiële uitvoerbaarheid van het plan in gevaar komt, wil er een vernietiging plaatsvinden.

We concluderen dat de Awb heeft bijgedragen aan een ruimere toegang tot de bestuursrechter in staatssteunzaken dan vóór de Awb.

51 Zie voorts over de uitsluitende 3:2 Awb beoordeling: J.R. van Angeren & W. den Ouden, *Subsidie recht en staatssteun*, VAR geschriften 134, Den Haag: BJu 2005, p. 182.

52 ABRvS 6 mei 2004, AB 2004, 225 m.nt. F.A.G. Groothuysen en ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371 m.nt. P.C. Adriaanse.

53 ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371 m.nt. P.C. Adriaanse.

54 ABRvS 21 oktober 2009, 200809198/1/R2.

55 Vz ABRvS 9 december 2009, 200906644/2/R3.

56 ABRvS 22 oktober 2008, 200705534/1.

47 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, nr. 3, p. 26 en p. 60-61.

48 ABRvS 19 april 2006, AB 2006, 296 m.nt. M.J. Jacobs en WdO.

49 HvJ EG 7 september 2006, AB 2006, 355 m.nt. E. Steyger.

50 ABRvS 17 december 2003, AB 2004, 262 m.nt. M.J. Jacobs en WdO.

4.3 Uitspraakmogelijkheden voor bestuursrechters in staatssteunzaken

De tweede vraag die wij in relatie tot de rol van bestuursrechters in staatssteunzaken aan de orde willen stellen, is of de bepalingen van hoofdstuk 8 van de Awb over de uitspraak in beroep voldoende mogelijkheden bieden om volgens communautaire maatstaven effectieve rechtsbescherming te bieden. Bij gebrek aan communautaire regels terzake, zal die rechtsbescherming in beginsel moeten plaatsvinden op basis van het nationale (proces)recht. Het Hof van Justitie heeft echter eisen gesteld aan de rechtsbescherming op nationaal niveau.⁵⁷ In beginsel zijn nationale rechters verplicht een verzoek om teruggave van in strijd met artikel 108 VWEU verleende steun toe te wijzen. Slechts in uitzonderlijke omstandigheden of wanneer de onrechtmatig verleende steun inmiddels door de Commissie verenigbaar met de gemeenschappelijke markt is verklaard, kan hiervan worden afgezien. In dat laatste geval moet volgens het Hof van Justitie wel rente worden gevorderd over de periode waarin de steun onrechtmatig is genoten. Nationale rechters zijn tevens verplicht voorlopige voorzieningen te treffen wanneer dit passend is om de rechten van particulieren en de doeltreffendheid van artikel 108 VWEU te waarborgen. Verder kunnen schendingen van de in artikel 108 VWEU vervatte opschortingsverplichting gelet op algemene jurisprudentie van het Hof van Justitie over communautaire aansprakelijkheid van lidstaten ook aanleiding geven tot vorderingen tot schadevergoeding.

Kijken we vanuit deze communautaire achtergrond naar de bepalingen van hoofdstuk 8 Awb, dan biedt artikel 8:81 Awb in ieder geval een grondslag om reeds in de bezwaarfase of gedurende het beroep voorlopige voorzieningen te treffen. Een probleem voor de voorzieningenrechter is dan wel dat hij in een voorlopige voorziening een voorlopig oordeel moet geven over de vraag of al dan niet sprake is van staatssteun. Gelet op de moeilijke rechtsvragen, enerzijds, en de grote belangen die in geding zijn, anderzijds, zal een voorzieningenrechter niet altijd bij wege van een voorlopige voorziening kunnen oordelen of in een concreet geval sprake is van staatssteun. In een bodemzaak kan ook de geldigheid van het bestreden staatssteunbesluit worden aangetast. Artikel 8:72 lid 1 Awb bepaalt immers dat indien de rechtbank het beroep gegrond verklaart, zij het bestreden besluit geheel of gedeeltelijk vernietigt.⁵⁸ Artikel 8:73 Awb biedt dan een grondslag om direct tegemoet te komen aan de communautaire eis inzake schadevergoeding. Wel is het de vraag of het betalen van schadevergoeding het 'staatssteunoordeel' wegneemt. Immers, de schade wordt wel vergoed, maar het voordeel dat de andere

onderneming heeft verkregen wordt met de vernietiging van het bestreden besluit nog niet teruggevorderd. Uitgaande van de verplichte bestuurlijke voorfase, treft de vernietiging alleen nog maar het besluit op bezwaar. Het primaire besluit blijft in die situatie onaangetast.⁵⁹ Hetzelfde geldt voor de feitelijke gevolgen van dat besluit. Er zal dus nog iets meer moeten gebeuren om tegemoet te komen aan de hiervoor genoemde Europeesrechtelijke eisen.

De bestuursrechter kan door zelf in de zaak te voorzien in de zin van artikel 8:72 lid 4 Awb tevens het primaire steunbesluit herroepen.⁶⁰ De idee daarbij is dat de rechter doet wat het bestuur, op basis van de onderliggende bestuursbevoegdheid, anders ook had gedaan.⁶¹ Wij merken daarbij op dat de formulering van het nieuwe artikel 4:80b, zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun, wat dat betreft niet gelukkig is gekozen. De bevoegdheid van het bestuur om steun bij de begunstigde terug te vorderen wordt in die formulering gekoppeld aan hetzij een terugvorderingsbeschikking van de Commissie, hetzij een *onherroepelijke* rechterlijke uitspraak. In de situatie waarin de bestuursrechter op vordering van bijvoorbeeld een concurrent van de begunstigde onderneming in beroep wordt gevraagd zich over beweerdelijk onrechtmatige steunverlening uit te spreken, zal van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie laat staan van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak doorgaans nog geen sprake zijn.

Gaan we ervan uit dat de bestuursrechter niettemin het primaire besluit herroept, dan is de steun daarmee nog niet teruggevorderd. Om als bestuursrechter ook zelf het daarvoor benodigde terugvorderingsbesluit te kunnen bewerkstelligen, is een gemeenschapsrechtconforme uitleg van artikel 8:72 lid 4 Awb nodig. Volgens de gebruikelijk nationale uitleg beperkt de rechterlijke toetsing zich namelijk tot toetsing van door het bestuur genomen besluiten. Gelet op de communautaire rechtspraak kan ons inziens echter worden aangenomen dat het terugvorderingsbesluit in de gegeven situatie nauw samenhangt met de herroeping van het primaire besluit. Deze aanname zien wij bevestigd in het nieuwe artikel 4:80b Awb, zoals voorgesteld in het Wetsvoorstel terugvordering staatssteun. Bovendien wordt het terugvorderen van onrechtmatig verleende staatssteun in de communautaire rechtspraak in beginsel als verplichting gezien, al suggereert de facultatieve formulering van het voorstelde artikel 4:80b Awb – ten onrechte – anders. Hier moet nogmaals worden opgemerkt dat de eis van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak in de nieuwe bepaling voor de aangezochte bestuursrechter verwarrend kan werken. Kiest een rechter niettemin voor een gemeenschapsrechtconforme

57 Zie o.m. HvJ EG 11 juli 1996, zaak C-39/94, SFEL, *Jur.* 1996, p. I-3547, r.o. 70; HvJ EG 5 oktober 2006, zaak C-368/04, Transalpine Ölleitung, *Jur.* 2006, p. I-9957, r.o. 48; HvJ EG 12 februari 2008, zaak C-199/06, CELF/SIDE, AB 2009, 205 m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt, NJ 2008, 185 m.nt. M.R. Mok, r.o. 42-46.

58 Gelet op de diverse schakelbepalingen in het bestuursprocesrecht, achten wij deze Awb-bepalingen ook van toepassing op andere bestuursrechters. In het Conceptwetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld aan de genoemde bepaling toe te voegen dat het bestuursorgaan met inachtneming van zijn aanwijzingen een nieuw besluit neemt. Zie: <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-bestuursprocesrecht.aspx>. De optie van 'gedekt verklaren' in de zin van artikel 8:72 lid 3 Awb ligt gelet op de communautaire eisen niet voor de hand.

59 In geval van met afdeling 3.4 Awb voorbereide besluiten en rechtstreeks beroep in de zin van artikel 7:1a Awb kan dit anders liggen.

60 In het Conceptwetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld deze mogelijkheid zelf in de zaak te voorzien te regelen in lid 3a.

61 In de literatuur wordt aangenomen dat de rechter niet meer kan doen dan wat het bestuur op basis van die bevoegdheid kan doen. Zie M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, p. 430 en 451 e.v. Het oude criterium dat slechts zelf in de zaak kan worden voorzien indien rechtens nog maar één beslissing mogelijk is, lijkt in het kader van de effectieve rechtsbescherming in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State niet meer te gelden. Zie voor een overzicht van deze jurisprudentie J.A.M. van Angeren, 'Zelf voorzien in stroomversnelling. Recente ontwikkelingen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak', *JBPlus* 2009, p. 258-266.

uitleg van artikel 8:72 lid 4 Awb, dan biedt het nieuwe artikel 4:80b lid 2 Awb overigens wel een duidelijke grondslag om aan het terugvorderingsbesluit tevens een rentevordering te verbinden. Had het bestuur het terugvorderingsbesluit zelf genomen, dan zou het volgens de imperatieve formulering van de nieuwe bepaling immers ook verplicht zijn geweest tot rentevordering over te gaan.

De op 1 januari 2010 in werking getreden Wet bestuurlijke lus Awb biedt ook nog nieuwe mogelijkheden.⁶² Op grond van artikel 8:51a, lid 1, Awb kan de rechtbank het bestuursorgaan in de gelegenheid stellen een gebrek in het bestreden besluit te herstellen. Krachtens artikel 8:80a Awb doet de rechtbank dat in een tussenuitspraak waarin zij vermeldt op welke wijze het gebrek kan worden hersteld. Indien de rechtbank van mening is dat niet is uit te sluiten dat er sprake is van staatssteun, zou zij in een tussenuitspraak het bestuursorgaan de opdracht kunnen geven dit nader te onderzoeken, dan wel, om een melding te doen bij de Europese Commissie. Het bestuursorgaan kan dan op grond van artikel 8:51b Awb aan de rechtbank laten weten of het van die mogelijkheid gebruik wenst te maken. Deze regeling is ook van toepassing in hoger beroep en in zaken waarin de Afdeling en het CBb als enige instantie rechtspreken.

Welke route de bestuursrechter ook volgt, de grenzen van zijn mogelijkheden om op basis van artikel 8:72 Awb volledig tegemoet te komen aan de communautaire eisen ten aanzien van effectieve rechtsbescherming in de gegeven situatie lijken dan toch wel bereikt. Het bestuur zal immers de aangewezen instantie zijn om daadwerkelijk over te gaan tot terugvordering van de steun, vermeerderd met rente, bij de begunstigde. De derde-belanghebbende (concurrent) zou daar na de rechterlijke procedure bij het bestuur op kunnen aandringen. Of de bestuursrechter daarop nog invloed kan uitoefenen valt te betwijfelen. Tekstueel gezien biedt artikel 8:72 lid 4 Awb daarvoor wel een aanknopingspunt. De bestuursrechter kan aan een bestuursorgaan namelijk opdracht geven tot het verrichten van een andere handeling dan een besluit met inachtneming van de rechterlijke uitspraak.⁶³ De toevoeging van 'een andere handeling' in deze bepaling is echter slechts opgenomen met het oog op de bepalingen van artikel 18 Wbb en artikel 8:1 lid 2 Awb, op basis waarvan het in bepaalde gevallen mogelijk is beroep in te stellen tegen een andere handeling dan een besluit.⁶⁴

Concluderend luidt het antwoord op de in deze paragraaf gestelde vraag dus dat Nederlandse bestuursrechters in staatssteunzaken op basis van de huidige bepalingen van hoofdstuk 8 Awb een heel eind aan de communautaire eisen inzake effectieve rechtsbescherming tegemoet kunnen komen, zij het niet volledig. Hoewel niet moet worden uitgesloten dat een bestuursrechter in een enkel geval via vergaande gemeenschapsrechtvriendelijke uitleg van het nationale recht wel tot het vereiste eindresultaat komt, ligt aanpassing van de wettelijke voorziening door de

wetgever meer voor de hand. Helaas is dit punt in de eerder besproken wetsvoorstellen nog niet meegenomen.

4.4 Een Awb-regeling voor vragen van bestuursrechters aan de Commissie?

De derde vraag die wij in relatie tot de rol van bestuursrechters in staatssteunzaken willen bespreken, is of de Awb ter facilitering van de rechterlijke taak wellicht ook zou moeten voorzien in een regeling voor het stellen van vragen aan de Commissie. Gelet op de complexiteit van het staatssteunrecht is het niet verwonderlijk dat rechters soms met vragen zitten over de juiste uitleg of toepassing van dit recht van Europese origine in een zaak. Zij kunnen dan prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie.⁶⁵ In staatssteunzaken biedt de Commissie nationale rechters evenwel ook de mogelijkheid vragen te stellen. Deze vragen kunnen betrekking hebben op relevante informatie waarover de Commissie beschikt, maar ook op de toepassing van de staatssteunregels.⁶⁶ Het gemeenschapsrecht lijkt niet te verplichten tot het treffen van een nationale regeling voor het stellen van dergelijke vragen.⁶⁷ Gelet op het feit dat diverse bestuursrechters, ook zonder een dergelijke regeling, al eens vragen hebben gesteld aan de Commissie, zou kunnen worden gesteld dat daaraan in de praktijk ook geen dringende behoefte bestaat.⁶⁸ Toch zou een expliciete regeling van deze communautaire informatievoorziening voor nationale rechters in het nationale bestuurs(proces)recht niet misstaan, ter vergroting van de bekendheid van deze voorziening onder bestuursrechters, maar ook om meer duidelijkheid te verschaffen over de positie van de betrokken partijen.⁶⁹ De antwoorden van de Commissie zijn weliswaar niet bindend voor de nationale rechter, toch kunnen zij voor de beslechting van het geschil van groot belang zijn.⁷⁰ Het kan daarom in het belang van partijen zijn als zij nog op de vragen en

⁶⁵ Zie over de vraag of de Awb een regeling zou moeten bevatten voor het stellen van prejudiciële vragen T. Barkhuysen, 'De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 325-350; Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, par. 7.4.

⁶⁶ Mededeling 2009/C 85/01, *PbEU* 2009, C 85/18. De mogelijkheid tot het stellen van vragen kwam ook al voor in de Mededeling uit 1995 (*PbEG* 1995, C 312/8), maar van die mogelijkheid werd in de praktijk vrijwel geen gebruik gemaakt. Eén van de weinig voorbeelden betreft CBb 14 december 2006, AB 2007, 136; CBb 7 oktober 2010, AB 2008, 68, beide m.nt. W. den Ouden & P.C. Adriaanse. Zie ook de speciale website van de Commissie over samenwerking met nationale rechterlijke instanties: http://ec.europa.eu/competition/court/overview_en.html.

⁶⁷ In de eerste Bekendmaking van de Commissie uit 1995 over samenwerking met rechterlijke instanties en in de communautaire rechtspraak wordt de mogelijkheid tot het stellen van vragen aan de Commissie geplaatst binnen de grenzen die het nationale procesrecht stelt. Een dergelijke verwijzing naar het nationale procesrecht komt in de nieuwe Mededeling uit 2009 niet meer voor.

⁶⁸ Zie ook ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371 m.nt. P.C. Adriaanse.

⁶⁹ Vergelijkbare argumenten worden in de literatuur ook genoemd voor regeling van prejudiciële verwijzingen in het nationale procesrecht. Zie daarover T. Barkhuysen, 'De inpassing van de prejudiciële procedure in het Nederlandse bestuursrecht', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger, (red.), *Europees recht effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van het EG-recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 342 e.v.

⁷⁰ Zoals bleek in de zaak van Groningen Airport Eelde, ABRvS 11 juni 2008, AB 2008, 371 m.nt. P.C. Adriaanse.

⁶² Wet van 14 december 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht met een regeling voor herstel van gebreken in een besluit hangende beroep bij de bestuursrechter, *Stb.* 2009, 570. Het inwerkingtredings-KB is van 21 december 2009, *Stb.* 2009, 597.

⁶³ In het Conceptwetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht wordt deze mogelijkheid neergelegd in artikel 8:72 lid 6 Awb.

⁶⁴ Het betreft de bevoegdheid van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven en van de Centrale Raad van Beroep.

de antwoorden kunnen reageren. Ook met het oog op mogelijke vertrouwelijkheid van aan de Commissie gevraagde gegevens zou een wettelijke regeling meerwaarde kunnen hebben.⁷¹

Het idee van een dergelijke wettelijke regeling komt niet uit de lucht vallen. Op het aan het staatssteunrecht verwante terrein van het mededingingsrecht voor ondernemingen heeft de wetgever voor vrijwel dezelfde communautaire voorziening namelijk al wel een dergelijke wettelijke regeling getroffen.⁷² In het Conceptwetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht wordt voorgesteld de regeling uit artikel 89i Mededingingswet over te hevelen naar afdeling 8.2.2 van de Awb over het vooronderzoek.⁷³ Voorgesteld wordt om dit concreet te realiseren in het vierde tot en met zesde lid van artikel 8:45 Awb. Het verzoek van de rechter aan de Commissie om inlichtingen of advies wordt dan beschouwd als een bijzondere uitwerking van de algemene bevoegdheid van de rechter om partijen of anderen te vragen inlichtingen of stukken te verstrekken. Deze voorgestelde regeling in de Awb is volledig toepasbaar op het stellen van vragen in staatssteunzaken en komt bovendien geheel tegemoet aan de hiervoor door ons genoemde aandachtspunten. Wij bevelen de wetgever dan ook van harte aan de voorgestelde regeling in het Wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht mede van toepassing te verklaren op geschillen over steunverlening en de beoogde wetswijziging in de nabije toekomst te realiseren.⁷⁴

4.5 Een Awb-regeling voor de Commissie als *amicus curiae* in staatssteunzaken?

De vierde vraag die wij in relatie tot de rol van bestuursrechters in staatssteunzaken willen bespreken, is of, naar analogie met het mededingingsrecht in strikte

zijn, in staatssteunzaken voor nationale rechters de Commissie wellicht als *amicus curiae* zou kunnen optreden, en zo ja, of de Awb daarvoor dan voldoende mogelijkheden biedt. Artikel 15 lid 3 van Verordening 1/2003 regelt de figuur van de Commissie als *amicus curiae* in nationale procedures voor mededingingszaken.⁷⁵ Om de 'coherente toepassing' van de op dat terrein geldende artikelen te bewaken, kan de Commissie interveniëren in nationale procedures. In Nederland is deze figuur nader uitgewerkt in artikel 89h Mededingingswet. In de communautaire regelgeving over staatssteun komt die figuur van 'loyale samenwerking' tussen de Commissie en nationale rechterlijke instanties echter niet voor. In de Mededeling van de Commissie voor samenwerking met nationale rechters uit 2009 wordt er evenmin naar verwezen.⁷⁶ Mogelijk kan dit verschil worden verklaard uit het feit dat nationale rechters op het terrein van het staatssteunrecht een andere rol vervullen dan die welke zij hebben op het terrein van het mededingingsrecht. Op laatstgenoemd terrein is het stelsel van toezicht met de inwerkingtreding van verordening 1/2003 verder gedecentraliseerd, met als gevolg dat nationale rechters de relevante verdragsbepalingen sindsdien ten volle kunnen toepassen.

In antwoord op de gestelde vraag in deze paragraaf kunnen we dus stellen dat het gemeenschapsrecht (nog) niet voorziet in de figuur van de *amicus curiae* in staatssteunzaken, wat betekent dat er strikt genomen geen noodzaak is hiervoor op nationaal niveau een regeling te treffen. De laatste jaren wordt zowel door de Europese rechters als door de Commissie echter sterk ingezet op de rol van nationale rechters bij toepassing van het staatssteunrecht. In de vorm van groepsvrijstellingen wordt het communautaire toezicht op steunverlening in verdergaande mate ook gedecentraliseerd. Dat een niet gespecialiseerde nationale rechter, ergens in de Europese Unie van zevenentwintig lidstaten, de 'staatssteunrechtelijke' plank dan wel eens mislaat, is niet verwonderlijk. Om erger te voorkomen, zou de interventie van de Commissie als *amicus curiae* dan uitkomst kunnen bieden om de coherente toepassing van het staatssteunrecht te garanderen. Mocht het zo ver komen, dan is de kans groot dat op nationaal niveau inmiddels een wettelijke regeling in de Awb bestaat voor uitoefening van de bevoegdheid van de Commissie om als *amicus curiae* op te treden in mededingingszaken. In het Voorontwerp voor het wetsvoorstel aanpassing bestuursprocesrecht heeft de regering namelijk te kennen gegeven ook de in artikel 89h Mededingingswet vervatte regeling over te willen hevelen naar de Awb, namelijk in een nieuw artikel 8:45a.⁷⁷ Het zal dan slechts een kleine moeite zijn om deze regeling mede van toepassing te laten zijn op zaken over staatssteun. Wel past hierbij een kritische kanttekening: het moet in nationale procedures altijd de rechter zijn die beslist over de vraag of van staatssteun sprake is en wat de consequenties van dat oordeel zijn voor de rechtsverhouding tussen partijen. De Commissie is natuurlijk geen onafhankelijke rechter. Een

⁷¹ Artikel 8:29 Awb geldt namelijk slechts in relatie tot partijen en niet in relatie tot de Commissie.

⁷² Het betreft artikel 89i Wet modernisering EG-mededingingsrecht, *Stb.* 2004, 345, zoals in werking getreden op 1 augustus 2004, resp. artikel 67 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Dat de wetgever het op dat terrein wel nodig heeft gevonden wettelijke voorzieningen te treffen in het nationale recht, valt mogelijk te verklaren uit het feit dat het stellen van vragen aan de Commissie expliciet is voorzien in het gelet op artikel 288 VWEU algemeen verbindende artikel 15 van Verordening nr. 1/2003 (en dus niet louter in een mededeling van de Commissie).

⁷³ Zie: <http://www.justitie.nl/onderwerpen/wetgeving/awb/Voorontwerpen/Wet-aanpassing-besteuursprocesrecht.aspx>.

⁷⁴ Zoals Barkhuysen heeft opgemerkt in relatie tot eventuele regeling van de prejudiciële procedure, verdient het aanbeveling in ieder geval de procesregelingen van de verschillende bestuursrechtelijke rechterlijke instanties aan te vullen met een regeling voor het stellen van vragen aan de Commissie in staatssteunzaken, mocht regeling in de Awb een stap te ver zijn. Zie Barkhuysen 2007, p. 346. In de toelichting bij het Conceptwetsvoorstel wordt opgemerkt dat overeenkomstig aanwijzing 340 van de aanwijzingen voor de regelgeving de bevoegdheid van de rechter om de Commissie om inlichtingen of advies te vragen over de toepassing van de artikelen 81 of 82 van het EG-verdrag (nu artikelen 101 en 102 VWEU) niet in het vierde lid is opgenomen. De mogelijkheid voor rechters om op het terrein van het staatssteunrecht vragen te stellen is echter niet verankerd in een verordening. Uit de nationale wettelijke regeling zal voor die categorie vragen dus nog wel tevens de bevoegdheid moeten blijken. Om die reden zou dan kunnen worden overwogen – zij het niet noodzakelijk – ook de bevoegdheid in mededingingszaken te noemen. Aanwijzing 340 maakt een uitzondering immers mogelijk, indien daarvoor een bijzondere reden bestaat.

⁷⁵ *PbEG* 2003, L 1/1.

⁷⁶ Mededeling 2009/C 85/01, *PbEU* 2009, C 85/18.

⁷⁷ Het argument is hetzelfde als ten aanzien van de regeling over het stellen van vragen aan de Commissie: ook andere bestuursrechters dan de rechtbank te Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven zouden met mededingingsrecht te maken kunnen krijgen. Zie hierover ook Widdershoven, Verhoeven e.a. 2007, p. 127.

regeling in de Awb zal er dus ook in moeten voorzien dat de nationale rechter de vrijheid heeft om zelf onafhankelijk tot zijn oordeel te komen.

5 Concluderende opmerkingen

De constatering in 1994 dat een regeling voor staatssteun in de Awb niet voorhandig ligt, niet mogelijk en niet noodzakelijk is, blijkt na 15 jaar Awb achterhaald zijn. Dat volgt wel uit het feit dat op dit moment het Wetsvoorstel terugvoer staatssteun en het Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten aanhangig zijn. De rol van de rechter is tot op heden echter nog onderbegebleven, terwijl de bestuurserchter in de afgelopen 15 jaar steeds meer met staatssteunzaken is geconfronteerd. Gelet op het toenemende belang dat in rechtspraak van de Europese rechters en het beleid van de Commissie wordt toegekend aan snelle handhaving en decentrale toepassing van het staatssteunrecht, wordt de rol van nationale rechters steeds belangrijker. Juist daarom is het ook van belang dat de nationale wetgeving de toegang tot die rechter en de vervulling van zijn rol optimaal faciliteert. De Awb heeft zeker bijgedragen aan actievere mogelijkheden om besluiten van bestuursorganen te toetsen aan het staatssteunrecht. Ook vate stichtingen die met behulp van overheidsgeld steun verlenen zijn in de meeste gevallen bestuursorganen, concurrenten zijn over het algemeen belanghebbende en subsidie door middel van uitsluitend overeenkomsten is niet meer toegestaan. Ook de Wet bestuurlijke lus zal hiertoe kunnen bijdragen. Voor wat betreft de spraakmogelijkheden blijkt dat Nederlandse bestuursrechters in staatssteunzaken op basis van de huidige bepalingen van hoofdstuk 8 Awb een heel eind bij de communautaire eisen inzake effectieve rechtsbescherming tegemoet kunnen komen, zij het niet volledig. Wij hebben de wetgever opgeroepen daarvoor de benodigde voorzieningen te treffen. Voorts hebben wij enkele suggesties gedaan, zoals een Awb-regeling voor vragen aan de Europese Commissie en een Awb-regeling voor de Europese Commissie als *amicus curiae*, die in het Nederlandse Mededingingsrecht al zijn geïntroduceerd.